

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-014-2019-00521-01
DEMANDANTE:	JORGE ALBERTO HERRERA AGUDELO
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
ASUNTO:	Consulta y Apelación Sentencia No. 177 del 13 de agosto de 2020.
JUZGADO:	Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	CONFIRMA

APROBADO POR ACTA No. 13
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 157

Hoy, diez (10) de mayo de dos mil veintiuno (2021), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral integrada por los Magistrados **Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**, **Dra. MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA** y como Ponente **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en lo no apelado por esta última, respecto de la sentencia de primera instancia No. 177 del 13 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **JORGE ALBERTO HERRERA AGUDELO** contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, radicado **76001-31-05-014-2019-00521-01**.

A continuación, se procede a proferir la **SENTENCIA No. 134**

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tienen los contenidos en la demanda visible a folios 1 a 12 del expediente digital del Juzgado y en la contestación militante a folios 67 a 73 del expediente digital del Juzgado por parte de **COLPENSIONES** y la realizada por **PORVENIR S.A.** militante a folios 100 a 111 del expediente virtual, los cuales en gracia de la brevedad y el principio de la economía procesal e incluso de los artículos 279 y 280 del Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia, mediante Sentencia No. 177 del 13 de agosto de 2020, en la que resolvió: Declarar la nulidad de la afiliación del demandante efectuado en el mes de julio de 1998 por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, como consecuencia de lo anterior, condenó a **PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** todo el capital de la cuenta del afiliado, los rendimientos, gastos de administración y bono pensional si los hubiere. Adicionalmente, condenó a **COLPENSIONES** a aceptar el traslado del demandante y condenó en costas a las entidades demandadas.

Como fundamento de la decisión, el *A quo* indicó que según la reciente jurisprudencia de la CSJ, se genera una inversión de la carga de la prueba, por lo que **PORVENIR S.A.** debía probar que otorgó toda la información completa y veraz al demandante; sin embargo, no se allegaron pruebas que logran demostrar que para la fecha del primer traslado de régimen pensional, la Administradora hubiese otorgado a la información necesaria y suficiente de las consecuencias de cambiarse de fondo pensional, además, el demandante adujo en el interrogatorio de parte, que en el Hospital donde trabajaba para la época de 1998, se realizó un traslado masivo del RPM al RAIS, sin brindar asesoría e información sobre las ventajas y desventajas de dicho movimiento pensional; por lo tanto, declaró la nulidad de traslado y ordenó a **PORVENIR S.A.**, a devolver todos los dineros de la cuenta individual a **COLPENSIONES**, junto con los rendimientos, gastos de administración y bono pensional si los hubiere.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** señaló que la devolución ordenada por el Juez resulta ser más complejo, pues no se tuvo en cuenta ciertas devoluciones de aportes que los Fondos realizan en cada uno de las cuentas de los afiliados, tales como los porcentajes de invalidez y sobrevivencia, además, de eso, se le ordena a la entidad **COLPENSIONES** a sobrellevar una carga económica que no debería ser soportada por la misma, toda vez que no tiene culpa ni dolo sobre ninguna de las acciones realizadas por parte del Fondo Privado.

A su turno, la mandataria de **PORVENIR S.A.** adujo, en resumen, que el formulario de afiliación no fue tachado de falso, por lo cual resulta ser legal e idóneo para demostrar la voluntad libre del demandante al trasladarse de régimen al RAIS. Indicó que conforme a la jurisprudencia, no se puede otorgar la nulidad de traslado de manera automática en cualquier caso que se alegue falta de información, pues se debe realizar un estudio de cada situación particular.

Adicionalmente, señaló que no puede declararse la ineficacia y la nulidad en un mismo proceso, pues dichas figuras son diferentes y para su configuración son necesarios requisitos distintos; en la ineficacia es necesario el dolo, que en este caso no se probó; mientras que en la nulidad, solo es posible la nulidad relativa que es saneada por el transcurso del tiempo, tal como se demuestra en el presente, pues el demandante continuó realizando aportes al RAIS. Aunado a ello, indicó que se debe tener en cuenta que el actor se encuentra inmerso en la prohibición del artículo 2º literal e) de la Ley 797 del 2003.

Finalmente, argumentó que la norma no estipula la devolución de gastos de administración, por cuanto no acrecientan las mesadas pensionales y son causados para financiar la administración y gestión de la cuenta individual por parte de **PORVENIR S.A.**, por lo cual, ordenar su devolución genera un enriquecimiento sin causa de **COLPENSIONES**.

RECONOCE PERSONERÍA

Atendiendo al poder especial que se allegó al expediente, mediante Auto No. 218, se reconoce personería adjetiva al Dr. JUAN DIEGO ARCILA ESTRADA, identificado con T.P. No. 309.235 del C.S. de la J. para actuar como apoderado sustituto de **COLPENSIONES**.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante Auto 06 de abril de 2021, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** presentaron escrito de alegatos, los cuales se tienen atendidos y analizados en esta instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en establecer si se demostró en el plenario que **PORVENIR S.A.** cumplió con el deber legal de brindarle información completa y veraz a la parte actora, al momento de su traslado al Fondo del RAIS, o si por el contrario hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de las Administradoras. Asimismo, se validará si hay lugar a la devolución de los gastos de administración, los rendimientos y porcentajes de invalidez y sobrevivencia a **COLPENSIONES**.

CONSIDERACIONES

Con el estudio de la legalidad de la sentencia se dirimen los argumentos expuestos en los recursos de apelación.

La sentencia apelada y consultada debe **CONFIRMARSE**, son razones:

En el caso de autos no es materia de debate que: **1)** El señor **JORGE ALBERTO HERRERA AGUDELO** se afilió en materia de pensiones al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre el septiembre de 1979 y julio de 1998 según da cuenta la historia laboral que reposa en la carpeta administrativa digitalizada. **2)** Que el 07 de julio de 1998 el demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS administrado por la **AFP PORVENIR S.A.**, administradora en la que actualmente se encuentra vinculado el demandante (f.112 del expediente digital), **3)** Que el actor solicitó a **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, el traslado de régimen, sin embargo, dichas solicitudes fueron resueltas de manera negativa. (fs. 31 a 34 del expediente digital).

1. INEFICACIA DEL TRASLADO

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para la vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Entre las obligaciones enrostradas está el deber de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, por ello, el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452 rad. 68.852 de 3 de abril de 2019.

Entonces, en definitiva le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es quien conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que como se dijo, **PORVENIR S.A.** no probó. No puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los fondos privados imponen el deber de información, razón suficiente para que éstos precisen las pruebas que acrediten la información brindada.

Frente a este último aspecto, es menester recordar que conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, se da la inversión de la carga de la prueba, donde la contraparte debe acreditar el hecho definido siendo entonces deber de la AFP demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó el formulario del traslado con **PORVENIR S.A.** (f.112 del expediente digital), resulta ser la única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS, con la cual, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado al momento del cambio de Fondo pensional; más cuando el demandante aseguró que para 1998, los asesores del Fondo privaron asistieron a su lugar de trabajo e informaron que el traslado del RPM al RAIS traería mejores rendimientos y sin más profundización al respecto, procedieron a trasladar de régimen de forma masiva a muchos médicos de la entidad hospitalaria donde laboraba. (Min. 58:11 de la audiencia concentrada del 27 de julio del 2020). Así esta Corporación echa de

menos pruebas, cálculos comparativos entre regímenes o alguna evidencia donde se explique al demandante de forma detallada, las ventajas y desventajas de afiliarse al RAIS y al RPM.

Ahora bien, con relación a la diferenciación entre ineficacia y nulidad, que hace la apoderada del fondo, es pertinente aclarar que en reciente jurisprudencia la CSJ precisó que en los casos en que se incurre en imprecisiones y se alude a la nulidad del traslado, se debe entender la ineficacia cuando al momento de referir los supuestos de hecho, se hace alusión a la omisión de información clara y oportuna sobre las consecuencias, ventajas y desventajas del régimen. Así lo estipuló en sentencia SL2308-2020 cuando determinó:

“Previo a abordar esta temática, la Corte debe precisar que en el escrito de demanda inicial, la actora solicitó que se declarara la nulidad del traslado que efectuó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, alegando que su consentimiento fue viciado. Sin embargo, de entender así su petición, no le asistiría razón en los reproches jurídicos que hace en esta sede de casación, toda vez que a ella le correspondería el deber de demostrar los supuestos de hecho en los que fundó sus pretensiones, toda vez, que, como se verá, los eventos en los que la jurisprudencia ha entendido que dicha carga probatoria se traslada en contra del fondo accionado, son aquellos en los que se sustenta la ineficacia de esa determinación de traslado, en la falta o insuficiente información suministrada por la respectiva administradora de pensiones.

No obstante, sin perjuicio de lo anterior, la Sala también pone de presente que, aunque esta persona requirió la nulidad del traslado, al momento de referir los supuestos de hecho en los que sustentó tales pedimentos, hizo alusión a la omisión de Protección S.A. y Old Mutual S.A. de informarle con suficiencia y de manera clara y oportuna, las consecuencias que conllevaba el cambio de régimen pensional, así como también los beneficios y desventajas que ello implicaría.

(...)

En consecuencia, se resalta que aunque la actora incurrió en una imprecisión al mencionar que la nulidad o ineficacia de su traslado se soportaba en la existencia de un vicio en el consentimiento, lo que en realidad alegó fue que las entidades accionadas no le suministraron los elementos de juicio o información necesarios para tomar adecuadamente la decisión de trasladarse al régimen de ahorro individual; asuntos estos que eran los que constituían el thema decidendum y a partir de los cuales resulta pertinente

efectuar el análisis fáctico y jurídico propuesto por la censura.” (Subrayado fuera de texto).

En consecuencia, lo anterior permite concluir que **PORVENIR S.A.** no cumplió con el deber de ofrecer información completa y veraz sobre el traspaso de régimen pensional del señor **JORGE ALBERTO HERRERA AGUDELO**, debiéndose confirmar la decisión de primera instancia al declarar la ineficacia del traslado.

2. DEVOLUCIÓN DE GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, RENDIMIENTOS Y COMISIONES

Respecto a lo señalado en el recurso por parte de **PORVENIR S.A.**, en cuanto a la improcedencia de la devolución de los rendimientos, comisiones y gastos de administración, ordenada por el *A quo*; concluye esta Colegiatura que no le asiste razón al apelante en este punto, ya que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de sus aportes, rendimientos y gastos de administración al RPM.

Este tópico de la devolución de los valores recibidos por la AFP ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

“ (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

Así mismo, en sentencia SL145-2021 reiteró lo estipulado en la SL2887-2020 cuando explicó:

“Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...].

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado. (Subrayado fuera de texto).

Ahora, respecto al requerimiento del apoderado de **COLPENSIONES** cuando argumenta que se deben incluir la devolución de porcentajes de pensión de invalidez y sobrevivientes, de **PORVENIR S.A.** a la Administradora Colombiana de Pensiones, es necesario puntualizar que en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, cuando se ordena al Fondo la devolución de *todos los dineros de la cuenta individual a COLPENSIONES, junto con los rendimientos, gastos de administración y bono pensional si los hubiere*, debe entenderse que se incluyen todos los aspectos, tales como los porcentajes destinados a financiar la pensión de invalidez y sobrevivientes; por tanto, no hay lugar a reiterar dicha cuestión.

Así las cosas, al no salir avante los recursos de apelación interpuestos por **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, se les impondrá costas en esta instancia., incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV a cada una.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando

Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en todo la Sentencia apelada y consultada No. 177 del 13 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali.

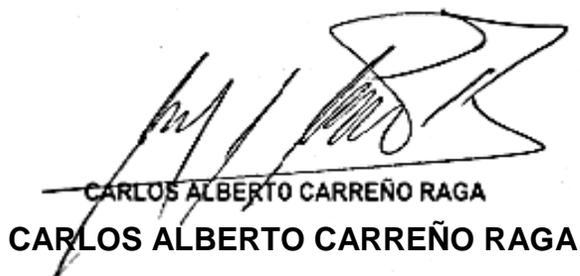
SEGUNDO: COSTAS esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, fíjese la suma de 1 SMLMV a cada una por valor de agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)